POR EL COLEGIO DE LA Compañia de Iesus de la ciudad de Cadiz.

EN EL PLEYTO

Con don Diego Iara Quemada, vezino de la de Seuilla.

EL caso es, que la madre de dõ Diego por su testamento que otorgò en 8. de Diziembre de 648 mandò al Colegio vnas casas que tenia en la ciudad de Cadiz, para que de su renta se mãdasse dezir cierta cantidad de Missas por su anima, y lo restante se distribuyesse en ciertas obras pias que expressa: y en el remaniente instituyò por su heredero a su hijo. Y auiendo muerto con esta disposicion, el Colegio en 19. de Enero de 649. en virtud del testamento pidiò possession ante la justicia destas casas, y se le mandò dar llanamente: y la tomò, y ha estado en ella cobrando y percibiẽdo sus frutos mas tiẽpo de vn año.

¶ En 17. de Enero de 1650. vn procurador en Cadiz en virtud de poder de don Diego, dize, que don Diego es heredero de sus padres, y presentò vna memoria de los bienes, que dixo auer quedado por su fiñ y muerte, y sin presentar el testamento de la madre, ni pedir en su virtud cosa alguna, dize, que como heredero se le dè la possession dellos. Dio infor-

macion de como era hijo vnico de sus padres. Y con esto en 19. de Enero se le mandò dar la posseſsion de ellos sin perjuyzio de tercero: y la tomò, y entre ellos destas casas. Y en 22. de Enero pidiò amparo con lãçamiento: y se le mandò dar: y lo tomò. Y en 25. de Enero se hizo inuentario de vnos muebles, que dixo auian quedado por su muerte, sin citar a persona alguna.

3 ¶ Sale el Colegio contradiziẽdola en 29. de Enero de 650. y pidiendo se reuoque, y que se le ampare a el en la suya. Lo qual contradize don Diego por dos fundamentos principales.

4 ¶ El primero, por que a el legatario, como lo es el Colegio, dize que no le compete remedio possessorio alguno para conseguir la posseſsion de el legado, por auerla de recebir de mano del heredero, y que assi fue nula la que el Colegio tomò: y consiguiẽtemente no se le puede dar amparo della.

5 ¶ Lo segundo, porque aunque aliàs la pudiesse tomar, no se entiende, ni procede siendo el heredero hijo, como lo es don Diego, que solo con oponer, como opone, que no cabe en el quinto el legado de las casas, impide el que se pueda dar la posseſsion de el hasta que se haga la cuenta y particion, y se vea si cabe, especialmente no auiendo prouado el Colegio, a quien dize que toca, que quepan en el.

QVESTION I.

6 ¶ Aunque regularmẽte se diga q̃ el remedio de la l fin. no compete al legatario, glos. ibidem, verbo, *ex parte*, D. Castill. lib. 3 cap. 24. num. 23. y que no puede por su autoridad tomar la posseſsion de la cosa legada, l. vnica, C. quorum legatorum; y que la ha de recebir de mano del heredero, l. 1. §. 1. C. cõm. de legat.

7 ¶ Pero esta regla tiene diferentes limitaciones, que se ajustan a el caso deste pleyto.

8 ¶ La primera es, que quando el Colegio pidiò la posseſsion destas casas, no la tenia don Diego,

go, ni estaua en ella, porque vn año antes que el la tomasse se le dió a el Colegio. Y quando la posseſsion està vacante, como esta lo estaua, qualquiera que tenga titulo puede entrar en ella, Balasco de partition. c. 3. num. 3. que dixo, que: *Poſſeſsionem vacantem alicuius rei poteſt propria authoritate ingredi omnis ille qui titulum habet.* Menoch. de adipiſcend. remed. 4. num. 183. D. Castillo lib. 3. cap. 24. num. 6. Y en terminos de legado lo dixo Bart. conſ. 67. quidam fecit teſtamentum, num. 1. a quien refiere y sigue Tusch. litt. L. concluſ. 151. num. 24. ibi: *Limita quando res legata à nemine poſſidetur: quia poteſt nedum authoritate propria capere poſſeſsionem, ſed multo magis poteſt authoritate iudicis illã capere.* Y lo mismo dizen Ruino conſ. 119 num. 5. Gabriel de fideicõ miſſ. concluſ. 5. num. 2. Pariſ. conſ. 12. nu. 118. lib. 2. Rubeo conſ. 43. num. 3. Alciat. conſ. 350. num. 4. Ioſeph. Ludouic. deciſ. 47. num. 19. Menoch. de adipiſcend. remed. 4. num. 636. & conſ. 856. num. 10. lib. 9. Y esto es lo que el Colegio hizo pidiendo la posseſsiõ a la justicia de Cadiz, quãdo por su propia autoridad la pudiera tomar: y auiendosela ella dado, como se la diò, justamente lo pudo hazer; y mas sin duda siendo el legado de causa piadosa, como se dirà infr. n. 13.

9 ¶ A esta limitacion no opuso replica el Abogado contrario que merezca respuesta; solo dixo que se deuiera citar a el heredero, pues estaua en Seuilla. Y se responde, que no estando, como no estaua, el heredero en la posseſsion de los bienes, ni estando ellos ocupados por persona alguna, no fue neceſsario citar a nadie, Bart. in l. fin. num. 16. C. de edict. Diui Adrian. tollend. vbi Bald. num. 6. Menoch. de adipiſ. remed. 4. num. 458. Valasco conſult. 191. in princip. D. Castill. lib. 3. cap. 24. à num. 61. Peregrin. art. 48. num. 27.

10 ¶ La segunda limitacion es, que todas las vezes que el legado es de especie, por la presumpta voluntad del testador se le puede y deue dar la posseſsion del, argument. l. ſed ſi Rex 48. & ibi gloſ. ff. de rei vindicat. especialmente quando oy por la l. 1. del titulo de los testamentos valẽ, y se deuen los legados, aũ

que

que no aya heredero, ni el acete; assi lo afirma Peralta in l. 1. num. 85. vers. 2. ff. de legat. 2. ibi: *Et pari ratione posset attentari per l. 1. tit. de los testamentos, lib. 5. Ordinamenti, regulariter in omni legato coeperis hæreditarij etiam relicto ad non pias causas, quia indistincte posset legatarius hodie petere se mitti in possessionem cuiuscunque talis legati sibi relicti in specie, vel in corpore hæreditario. Et aduertendum, quod ratio prefata Baldi, & generalis tam ad legata, & fideicommissa particularia, quam ad vniuersalia dummodo sint talia, ad quorum confirmationem aditio hæreditatis non requiratur, prout est de iure communi in legatis ad pias causas, & hodie in omnibus legatis, & fideicommissis ad non pias causas prædictam legem Ordinamenti, quod verbum est memorabile.* Lo mismo resuelue Ceuallos commun. quæst. 133. num. 38. ibi: *Secus verò legatum specici, & ita semel practicaui, & in praxi obtinui, maximè quia pro legato specici non fit executio, sed statim fit missio in possessionem ipsius rei ex præsumpta mente defuncti, quæ sufficiens est ad recuperandam rem legatam propria authoritate.* Y a esta limitacion assiente tambien, y le sigue el señor don Iuan del Castillo, dict. lib. 3. cap. 24. nu. 24. cerca del fin, y Estefano Grac. discept. tom. 1. cap. 62. num. 22. ibi: *Cum aliud sit in legato specici, pro quo non fit executio, sed statim datur missio in possessionem ipsius rei ex præsumpta mente defuncti, quæ sufficiens est ad recuperandum rem legatam propria authoritate.*

11 ¶ Esta limitacion la reconociò el Abogado contrario por cierta, y no la hallò que oponer, mas de dezir que se auia de citar à el heredero como en la antecedente, lo qual se excluye con lo que queda aduertido en el n. 9.

12 ¶ La 3. limitacion es, que quando el legado es para causa pia dosa: entonces absolutamente se puede pedir, y deue dar la posseſsion de el segun el comun sentir de todos los DD. como afirman Corneo cons. 140. lib. 1. in fin. Capra cons. 3. in fin. Tiraq. de priu. pie causa, priu. 45. ibi: *Quadragesimo quinto licet alias legatarius nõ possit propria authoritate legatum accipere, & alias teneatur hæredi restituere per legem vnicam, C. quorum legatorũ quin etiam interdum legatum ipsum perdat, vt notatur in l. non est dubium, C. de legib. fallit tamen in legatis ad pias causas, vt*

nuncupatim voluit Corneus, &c. Capella Tolos. decis. 80. late Peralt. in d.l. 1. n. 85. ff. de leg. 2. Paz in prax. 3. tom c. 4. §. 1. n. 49. Gut. lib. 1. pract. q. 80. nu. 3. & 4. que assi dize que obtuuo en los pleytos que se ofrecieron, Di Cast. d. lib. 3. c. 24. nu. 24. Tusch. lit. L. conel. 52. n. 26.

13 ¶ Especialmente estando los bienes que se legan a la causa piadosa vacantes, y no auiēdo entrado el heredero en possessiō dellos, que entonces es sin duda que se puede pedir, y deue dar al legatario la possession, Alex. cons. 81. n. 3. lib. 2. cons. 33. in fin. lib. 1. Boer. decis. 156. n. 6. que cita muchos por esta sentencia, Tusch. lit L. conc. 52. n. 28. illic: *Declarat idem Alexā der quod siue sit vera ratio, quod ipso iure trāseat dominium in causam piam absque restitutionem, siue contraria, vt cumque sit, si bona essent vacantia posset capere possessionem pia causa sed si bona sunt possessa ab heredibus, vel alijs, necesse est, quod capiat possessionem de manu eius.* Y este legado fue sin duda alguna para causa piadosa en todo, como del consta, y assi procede sin disputa esta limitacion, y queda mas confirmada la primera.

14 ¶ A esta limitacion lo que se opuso fue, q̄ la legitima del hijo era causa mas preuilegiada q̄ la piadosa. Parece que traxo algunas autoridades. Pero esta respuesta ni es del punto de la cōclusion, ni sirue de nada, por q̄ bien puede ser la legitima causa mas preuilegiada, y q̄ sea sin embargo la piadosa exequible, y q̄ se deua dar la possessiō del legado della, y assi mas mirara a la question 2. que disputaremos, quando concurren ambos, que no a este punto.

15 ¶ La 4. limitacion es, que tambien compete el interdicto Salviano vtil para conseguir la possessiō de la cosa legada hasta hazerse pagado della, Surd. cōs. 191. n. 15. infin. vers. *Tertio quamuis*, lib. 2. Grat. tom. 1. c. 62. n. 42. 43. & 44.

16 ¶ La 5. porque quando el legado se haze en especie que contiene certeza, y el heredero es instituydo en el remanente de los bienes: en este caso no es visto ser instituydo en los bienes legados, y puede el legatario pedirlos apartadamente, sin tener obligacion de recibirlos de su mano, glos. in *l. necesse* 11. ff. de indiem ad dictione, Bart. in l. pater filiū 36. §. quindecim

ff de leg.3.Decius conſ.653.n.5.Cephal.conſ.625.n. 23.lib.5.Pariſ.conſ.79.n.21.lib.2.

17 ¶ La 6.limitacion es que la cauſa de tener toda eſta dependencia,y ſubordenacion los legatarios a los herederos es, porque no valian los legados, ſi no era auiendo heredero,y aceptando eſte la herencia, de q̃ omnimodamẽte depẽdia ſu valor,l.ſi nemo,ff. de teſt. tutell.Surd.conſ.398.n.20.lib.3.Grat.c.932.n.28.pero como ya eſto por derecho del Rey no eſtà quitado, y valen los legados aunque no aya heredero,ni acete la herencia,l.1.tit.4.lib.5.Recop.Ant.Gom.var.tom.1. c.12.n.11.in fin.D.Pich.in princ.inſt.de lege falcid.n. 35.& 38.Gut.in l.nemo poteſt,nu.313.ff.de leg.1.ſigueſe deſto, que ſe puede pedir la poſſeſsion dellos ſin eſperarla de mano del heredero por la doctrina de Peralta,y demas que quedan referidos,ſupr.nu.10.

18 ¶ Y porque eſte fue el fundamento mas preciſo,porque ſe mouierõ los Autores a dar eſte miſmo preuilegio a los legados de cauſa piadoſa,porq̃ ſuponiendo que ſe deuian,aunque el heredero no aceptaſſe la herencia,Tiraq.de priuileg.pieq̃ cauſe,priuil.33.& in tract.lemorſ.7.p declarat.5.n 7.Everardo in locis, comm.c.58.n.9.D.Pich.in princ.inſt. de eo cui. liber. cauſ.bon.addicũtur,n.4.61.& 62.& in princ.inſt. de leg.fal.nu.31.Tuſch.lit.L.concl.52.nu.25.& ſeqq.

19 ¶ La 7.y vltima limitacion es,que quando eſta poſſeſsion por tantos medios, no huuiera ſido tã juſtificada, el traſcurſo de tiempo la hazia juſta, por que poſſeſsion de año y dia con percepcion de fiutos la tiene el derecho por juſtiſsima, y la ampara,arg.l.1: in princ.ff.de itiner.act.que priuat.& in c.1 §.ſint autẽ aliquis, tit. ſi de inveſt. inter Dom. & Vaſſall. Pereg. art.47.nu32.ibi: *Præmiſſa tamen intellige,& modera, niſi fideicommiſſarius per annum,& diem pacifice poſſediſſet cum fructuũ perceptione.* Y ſe prueua en la l.3.tit.15.lib.4. Recopilat.ibi: *Mandamos,que el que tuuiere la coſa año y dia, no ſe eſcuſe de reſponder por ella en la poſſeſsion, ſalvo ſi tuuiere la coſa año y dia con titulo y buena fee.*

20 ¶ A eſta excepcion ſe replicò que no era ajuſtada a el hecho, por que no auia paſſado ſi no vn

año

año menos vn dia, pero esto es lo q̃ no es cierto, porq̃ como queda advertido en el num. 1. el Colegio tomò posseſsion en 19. de Enero de 649. y esta fue llana sin dezir sin perjuyzio de tercero, ni ponerle calidad alguna.

21 ¶ Y a la parte de don Diego se le mandò dar la suya en 19. de Enero del año de 50. y esta fue sin perjuyzio de tercero, y ni citò, ni la hizo notoria a el Colegio, y quando se le diò amparo cõ lançamiento fue en 22. de Enero del año de 50. y hasta este dia, ni se puede dar ciencia verdadera, ni presunta en el Colegio, ni hasta el no solo no perdiò su posseſsion, pero ni fue turbado en ella antes don Diego de necesidad deuiò citarle, pues le hallaua posseedor, Pereg. art. 48. n. 18. & 35. Ponte conſ. 1. n. 1. Parlad. lib. 2. c. 6. per totum, D. Caſt. lib. 3. c. 24. n. 65. & 72. aunque el Colegio fuesse posseedor injusto, D. Caſt. n. 68. & 74. Y aũ que fuesse detentador, ò Predon, ipse n. 76. & 77. Y aũ que tuuiesse vna posseſsion momentanea, D. Caſt. n. 82. y es nula, y se deue reuocar la posseſsion que sin esta calidad se diere, D. Caſt. post alios, n. 69. & 70. y comete el juez despojo quando la da sin citacion, como la misma parte.

22 ¶ Sigueſe dello, no solo que la posseſsiõ del Colegio fue de año y dia, si no de mas tiempo, cõ percepcion de frutos, como consta de su prouança in concusa, y con titulo que fue el testamento, y con buena fee, pues el juez se la diò, l. iuste possidet. ff. de acquirend. poss. si no que fue nula notoriamente la que don Diego tomò, con que no le podia causar perjuyzio en nada.

23 ¶ Y queda a el parecer fundada con notoriedad esta primera queſtion en nuestro fauor, y que este legado fue exequible, y se pudo, y deuiò dar la posseſsion del sin interuenciõ del heredero, ni auer obligaciõ de recebir le de su mano por tantos medios como se han propueſto.

QVES-

24 ¶ Esta questiõ desestimò mucho el Abogado contrario con poca razon, porq̃ ella es muy graue, y encierra en si mucha jurisprudencia, y assistẽ a esta parte los mas ciertos fundamentos de derecho, para que el Colegio como legatario en concurso del heredero, aunque sea hijo, aya de ser ampãrado en la posseſsion que tiene.

25 ¶ Lo primero, por todo lo que queda fundado en la primera questiõ. Porque por seys fundamentos prouamos en ella, que el legatario podia llegar legitimamente a ocupar la posseſsion de la cosa legada sin pedirla a el heredero, ni recibirla del mismo, y todos ellos ajustados a el caso deste pleyto.

26 ¶ De que resulta este primero fundamẽto, q̃ es, q̃ todas las vezes q̃ el legatario llega a ocupar la cosa legada, sin vicio, es legitimo contradictor cõtra el heredero, y le impide la posseſsion de la misma cosa, pues no pueden posseer dos a vn tiempo. Esta es solemne limitacion de Cesar Argelo de legitimo contradictore, quæſt. 2. à num. 279. ibi; *Fallit in illis caſibus in quibus competeret dignitio ex legis noſtræ beneficio pro certa in regula id habendum, quatenus quis in miſſione prætendere poteſt, eatenus eſſe legitimus contradictor ad impediendum, quominus alter immittatur: cum plures reſpectu eiuſdem rei inſolidum immitti nequeant, vt ſæpe ſæpius repetitum, l. ſi vt certe, §. ſi duobus vehiculum, ff. commodat. l. duo, ff. de præcar.* Y supuesto que aqui por los seys medios ponderados pudo el Colegio llegar a tomar la posseſsion sin vicio, es legitimo contradictor del heredero, que despues viene a tomarla.

27 ¶ La misma sentencia en el fideicomissario defienden Bart. in l. fin. num. 22. C. de edict. Diui Adrian. tollend. vbi Bald. num. 42. Zucard. nu. 334. Alveric. num. 15. Corn. num. 43. Menoch. de adipiscend. remed. 4. num. 634. Simon de Prætis de interpret. vltim. volunt. fol. 504. nu. 88. Castres. conſ. 138. num. 1. lib. 5. Honded. conſ. 28. num. 1. lib. 2. Gabriel lib. 4. tit. de fideicomm. concluſ. 5. num. 1. Roland. cõ

sil. 78. num. 3. lib. 3. Beroio cons. 89. lib. 2. Ponte consil. 20. numer. 38. vol. 1. Rota Avenonien. decis. 104. num. 1. Tusch. lit. F. concl. 268. num. 2. Peregrin. artic. 47. num. 76. & 77. Crasus in §. fideicommissum, quæst. 43. n. 10. Personal de adipisc. n. 411. Milanen. decis. 3. à n. 129. lib. 1. y refiere todos a todos Antoni. Amat. resp. 39. n. 158. ibi: *Si verò post aditā hæreditatem per hæredē, sed ante captā actualē possessionē fideicōmissarius, sine vitio in actuali fideicōmissi possessione pervenerit, ac immissus reperiretur, legitimus diceretur contradictor, ac missione hæredis impediret quousq; de suis iuribus, quæ in promptu deducerentur plenè cognitum, & discussum sit.* Que es mayor comprouacion de este fundamento.

28 ¶ El 2. que tambien es legitimo contradictor el legatario, è impide al heredero en los casos en que el testamento fuere exequible por el legado, Cæsar Argel de legit. contrad. d. q. 2. n. 280. ibi: *Fallit secundo in illis casibus in quibus in legatis testamentū habet executionem paratam, &c. Quia certum est per eam excludi alterius immissionem.* Y este testamēto lo es, ò por ser de legado en especie, ex dict. sup. nu. 10. ò porque en Espana todos lo son con el precepto de solvendo.

29 ¶ El 3. es mediante el interdicto Salviano, que obra lo mismo, Cæsar Argel vbi proximè, num. 271.

30 ¶ El 4. es quando antes que el heredero entrasse en la possession la auia ocupado el fideicomissario, ò legatario, Alciat. resp. 350. n. 4. Ios. Ludouic. decis. 47. n. 19. Menoch. de adipiscend. rem. 4. n 636. ibi: *Vel etiam si antequam hæres adiuisset hæreditatem, fideicōmissarij aliqua ex causa possessionem illam assecuti fuissent.*

31 ¶ Y finalmente cada limitacion de la question primera viene a ser fundamento desta, porque en todos los casos que alli se dà possession legitima en el legatario, ò fideicomissario: en essos mismos es fuerça confessar que serà legitimo contradictor del heredero: y juntando a esto ser legado piadoso, y auer estado en la possession el Colegio mas tiempo de vn año; y que don Diego es quien pretende echarle de ella, por no auerle citado para la suya, el es a quien resiste el de

recho, y quien haze vn acto indeuido.

32 ¶ Pero replicarase que todo esto pudiera proceder si don Diego fuera heredero estraño, que no tuuiera mas defensa que el serlo, pero que es hijo, y tiene el derecho de su legitima, y que esta es la que prepondera, y haze que este legado no se cumpla.

33 ¶ A esta que es la principal duda del pleyto se respõde suponiendo. Lo 1 que el hijo que es instituydo heredero por su padre, ò madre en todos sus bienes, no puede acetar la legitima, y repudiar la herẽcia, porque lo ha de acetar todo, ò repudiar todo, ni puede tampoco dezir que abintestato quiere suceder, y sacar la legitima, porque auiendo testamento, no tiene lugar la sucesion abintestato, assi resoluiò esta question, auiendola disputado solamente Alex. Trentacinq. de subst. 1. p. c. 9. à n. 10. proponela, n. 12. y la resuelve n. 25. vers. *Et ego*, ibi: *Et mouet hac ratione filius simpliciter heres institus aut legitimã vult habere abintestato, & reliquam hereditatem repudiare, & tunc non potest, quia quãdo potest ex testamento adiri hereditas abintestato non defertur, dict. l. quandiu la 2. ff. de acq. hered. Aut eam habere vult ex testamẽto, & tunc neque etiam potest, ne sequatur absurdum, quod testator pro parte decedat testatus, & pro parte intestatus contra regulam iuris communis, l. ius nostrum, ff. de regiur.* La misma sentencia defienden, Ancharr. cons. 313. num. 3. Castrens. cons. 232. Alex. cons. 75. lib. 1. Aret. cons. 160. Socin. cons. 150. Socin. Iun. cons. 62. n. 69. vol. 1. Bald. in l. si heres instit. n. 2. C. de impuberum que puso por regla, quod aditio non debet diuidi, per l. 2. ff. de adq. hered. Gabr. cons. 94. n. 2. vers. *Tamen exploratum est*, lib. 1. Fachin. contr. iur. lib. 4. c. 65. omptime D. Couar. in c. Rainun. §. 11. n. 11. de test. que cita otros muchos por esta sentencia Crasus in §. legitima, q. 1. n. 6. Ruin. cons. 51. n. 13. vol. 3. q̃ dixo: *Quod quando per aditionem, legitima filij est vnita cum reliquo patrimonio non potest considerari per se, neque diuisim, & separatim à reliquo patrimonio, sed confunditur expinguori institutione.*

34 ¶ Y solo en caso de tener el hijo substituto vulgar, y estar muy grauado con cargas y legados: de manera, que no le quede su legitima, concurriendo

ambas

ambas cosas jútas podrà acetar la legitima y repudiar la herẽcia, por el texto singular, in l. si libert. patrono, ff. de bonis libert. y assi lo resuelue Trent. de subst. d. 1. p. c. 9. n. 10. 11. & 28. D. Cou. d. §. 11. n. 11. y los mas de los referidos en el numero antecedente.

35 ¶ Pero no por causa de los legados solamente, ni por quexarse de la carga dellos. Porque a esto responde doctamente Trentacinq. d. c. 9. n. 25. in fin. ibi: *Nec obstat, quod si filius implicetur inuitus oneribus hæreditarijs, dicatur onus: quia istud onus non reijcitur, tum quia est ex natura rei: tum etiam quia à legitima illud onus reijcitur, per quod olim testamentum poterat euerti per querelam, seu per contra tabulas, seu per ius dicendi nullum, & non illud onus per quod olim nullo modo testamentum poterat euerti, ita probatur in l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testam. per quem textium ita tenet Fernand. Vasquius in tract. de succes. creat. lib. 1. §. 10. num. 177. & est vera opinio, sed olim filius vniuersalis heres institutus non poterat testamentum vllo modo, nec per querellam, nec per contra tabulas, nec per ius dicendi nullum euertere, vt notissimi iuris est: ergò quod filius oneribus hæreditarijs inuitus implicetur in nostra quæstione non reijcitur à testamento.*

36 ¶ Deste principio nacen dos fundamentos bastantes para excluyr a don Diego aun antes de entrar en la resolucion de la question propuesta en el num. 32.

37 ¶ El primero es, que don Diego litiga ineptamente, y que ni puede hazer lo que haze, ni ser admitido al juyzio en la forma que litiga en el, porq̃ como entrò fue presentando peticion vn procurador en su nombre a 17. de Enero de 650. en virtud de vn poder general para pleytos, diziendo, que don Diego era heredero con beneficio de inuentario de don Iuan Iara, y de doña Maria Guemes sus padres, y que por su muerte quedaron los bienes que se contienen en vn memorial que presenta, ofrece informacion de su legitimacion, y pide se le entreguen, y dè la posses-sion, y haga inuentario dellos sin presentar el testamẽto de la madre, ni pedir nada en virtud de el, con que este es vn pedimento de abintestato, sin poderse refe-

rir

rir al testamento, ni sustentarse por el, ex l. 3. ff. de milit. testam. porque expressamente impugnò este medio en la primera peticion, con que respondiò al Colegio en las palabras que estan fol. 22. ibi: *Y que el no ha presentado el testamento de su madre, ni lo aprueua.* Y otras estan en el fol. 24. que fueron las que el Relator leyò en la Sala, que dizen: *Que no se à visto aprouar el testamento de su madre en lo que fuere en perjuyzio de sus legitimas.* Que las primeras son vna impugnacion llana del testamento; y las segundas no son de aprouacion, si no vna protesta que el derecho no admite, por lo que se fundò en el numer. 35. y assi excluyò la interpretacion de la l. 3. ff. de milit. y se reduxo a lacto de abintestato, que no pudo, por lo que se fundò en el num. 33. ni hazer diuision de legitima, ni de herencia, ni de cargas de ella; y quando vno se reduze a vn medio que no puede obrar, se anula el acto, aunque tenga otro medio, en cuya virtud validamente lo pudiera hazer, glos. in cap. literis de offic. delegat. Menoch. lib. 2. presumpt. 12. num. 2. late D. Salgad. de retent. 2. part. cap. 17. §. vnico, à n. 5.

38 ¶ El segundo, que don Diego no ha presentado el testamento de su madre, ni esta en el pleyto mas que la clausula en que dexò el legado de las casas al Colegio, que fue la que el presentò para que se le diesse la possessiò dellas, con que no es posible dar la possessiò a don Diego, l. 1. C. de edict. Diui Adri. tollend. ibi: *Sancimus, vt si quis ex asse, vel ex parte institutus competenti iudici testamentum ostenderit non cancellatu, &c.* Donde todos por constante lo notaron, y los refiere D. Paz de tenuta, cap. 26. à num. 1. l. qui liberis, §. hæc verba, ff. de vulgar. Y no basta la prouança de testigos dello, Alex. in dict. l. vltim. num. 22. Iaso. num. 23 De cius 39. D. Paz de tenut. cap. 27. num. 1. ibi: *Ex quo non ostendenti scripturam testamenti possessio non datur, quanquam testibus se esse legitimum heredem probet.* Especialmente no pudiendo don Diego reduzir esta causa abintestato, por lo que queda dicho supr. num. y porque fuera nula la possession q̃ en esta conformidad se le diesse, como resuelue Marta conf. 94. num. 1. & 5. D. Salgad.

gad.de retent.1.part.cap.10.num.127.vers. *Conducit*, ibi: *Quòd possessio data alicui tanquam successori abintestato, si postmodum comparet testamentum, illa possessio concessa dicitur iniusta, improba, & non manutenibilis, it aut nihil obstet agenti, & postmodum contradicenti.*

39 ¶ Y continuando la question del nu.32. sea segundo supuesto, que el hijo por la legitima sola, faltandole el titulo de heredero del padre, ò no queriendo valerse del, no es legitimo contradictor, ni puede impedir la possession al heredero, como resuelue Rota Auinion.104.per tot. Peregr.de fideicom.art. 47.nu.66.in fin.ibi: *Sed vbi qui legitimam prætendit, careret titulo heredis, hic quidem non esset legitimus contradictor ad impediendum, ne hæres scriptus mittatur in possessionē ex remedio l.fin.vel hoc adipiscendæ.* Y assi lo resoluiò la Rota apud Merlinum decis.82.num.1.post tractat.de legitima, ibi: *Non obstat exceptio legitimæ competentis ex persona Iulij senioris in bonis Angelæ eius matris, quia ratione suæ legitimæ non est legitimus contradictor ad impediendam immissionē, dum propria authoritate possidet bona hereditaria secundum veriorem opinionem, de qua per Bart.in l.2.num.3.C. quand. & quibus quar.par.&c. Et ea ratione mouetur Bart. quia filius non habet certam, & determinatam portionem in qualibet re hereditaria, cum illa debeatur ære alieno detracto, interim autem dum nescitur quantum sit, si ingrediatur, nullius partis possessio ei acquiritur propter incertitudinem loci; data autem possessione inualida non potest quis effici, aut dici legitimus contradictor.* Y assi quādo don Diego pudiera separar la legitima del titulo de heredero vniuersal, que no puede; aunque a esto parece que se quieran encaminar sus pedimetos, fuera mucho peor para el para el punto de la possession, pues por este titulo ni el pudiera entrar en la possession de los bienes, y mucho menos de todos, ni impedir al heredero que entrasse en ellos; y con mayor razon no pudiera impedir a el legatario, que justamē te segun derecho huuiera entrado en la possession de su legado, como el Colegio entrò, y pudo hazerlo por los siete fundamentos referidos: pues el legatario podria ser que no le quitasse nada en la cosa legada; y el heredero es preciso, que le quitaua con la pos-

sesion de los bienes toda la legitima.

40 ¶ Tercero supuesto es, que la legitima est quota bonorum, l. Papin. §. 4. ff. de inof. test. Bart. in l. ex facto. n. 2. ff. de hæred. instituen. Nata cons. 156. n. 6. Grat. post alios c. 247. n. 52. & 53. & c. 300. n. 36. tom. 2. Merlino de legitim. lib. 1. tit. 1. quæst. 2.

41 ¶ Y ella por si es vna parte de los bienes iliquida, è incierta ratione loci, & quotæ, porque ni consta que cantidad le aya de tocar, ni en que bienes se le aya de assignar, por lo qual assi lo resoluiò Bart. in l. meminimus, nu. 4. C. quando & quibus quart. pars debeatur, lib. 10. Curcius Senior cons. vltim. Gratian. tom. 3. cap. 490. nu. 21. ibi: *Maximè, quia licet deberetur legitima, quod negatur, tamen prius debet constare de ipsius quãtitate, cum enim sit quota bonorum, dicitur incerta, & illiquida*, optimè Farinacius, decis. 115. num. 12. part. 1. ibi; *Non obstat quod legitimæ Trebellianicæ sint certæ, cum constituant medietatẽ, & sint iam detractæ. Tum, quia licet legitima Trebellianica constituat certam portionem, cum sint semis, tamen sunt omnino incertæ ratione loci, cum ex possessione translata pro indiuiso quælibet pars in qualibet leua haberet suam portionem, &c. Et ante liquidationem, & detractionem ita dicitur incerta ratione loci, & quotæ, quod nullius rei possit possessio capi pro legitima*, Riminald. cõs. 91. n. 25. tom. 1. Marescot. var. lib. 1. cap. 1. num. 31. Anton. de Amato var. resolut. 39. num. 164. & 165. ibi: *Quæ cum sit bonorum quota, non hæreditatis, & c. non dicitur certa, nisi ære alieno deducto, proinde ratione loci, & quotæ incerta dicitur legitimæ quantitas ante eius alieni detractionem, & eiusdem liquidationem.*

42 ¶ Y no se puede executar en el interin q̃ no se hiziere liquidacion della, por las doctrinas generales, de que qualquiera disposicion, o testamento no se pueda executar en lo q̃ no estuuiere liquido, Bart. in l. proinde, §. notandum, ff. ad l. Aquiliam, Bald. in l. 2. num. 6. ff. de execut. rei iudicat. Corneus cons. 296. num. 11. vol. 3. Beccius cons. 5. nu. 7. Alex. in l. 1. nu. 13. ff. de legat. 1. como por las indiuiduales, y en terminos q̃ne hablan de la legitima del hijo, que son Farinac. dict. decis. 115. n. 12. part. 1. en las palabras puestas en el num. antecedente, y Marescoto dict. lib. 1.

cap.

cap. 1. nu. 31. y Anton. Amat. dict. resolut. 39. n. 167. ibi: *Inde effectum est vt filius non recte petat sibi assignari legitimam ante æris alieni deductionem, etiam per eumdem oblata fideiussione de restituendo, quod forte in excessum datum apparuerit facta liquidatione, & deductione alieni æris.*

43 ¶ Ni obstarà, si se dixere, que en si es cierta la legitima del hijo, pues por derecho de el Reyno son las quatro partes de cinco de la herencia: porque no por esto se podrà dezir que està liquida, pues sin embargo no consta de la cantidad, que essas quatro partes han de montar, que es la incertidumbre ratione quotæ, ni en que bienes se han de señalar, que es la incertidumbre ratione loci. Y assi lo determinò la Rota en la decis. 115. apud Farin. nu. 12. part. 1. recent. en las palabras que quedan puestas en el num. 41. Y de la misma manera respondiò Anton. Amat. dict. res. 39. num. 169. ibi: *Nec illorum sententia nobis probatur, si dicatur, quod certum & liquidum sit id, quod à filio gravato deducendum esset: cum non sint omnes legitimam, & Trebellianicam semissem capere hæreditatis, &c. nam etsi certa sit portio, tamen ratione loci, & quotæ, ex deductione æris alieni fiendæ redditur incerta, cum verum sit, legitimam certificari non posse, nisi ære alieno prius deducto, & quamuis dimidia sit detrahenda, tamen detracto post solutionem æris alieni sit.* Y lo mismo resoluiò la Rota apud Merlinum, decis. 82. nu. 1. 2. & 3. cuyas palabras quedan referidas, supr. num.

44 ¶ Especialmente siendo como es cierto que el hijo no puede por su autoridad señalar vna, ò muchas cosas para que en ellas se le pague la legitima, y la ha de recebir en esta parte señalada, ò de mano de los Contadores, ò por arbitrio del juez, l. omnimodo, l. scimus, §. repletionem, C. de ino ff. testam. Petra de fideicomm. quæst. 15. nu. 90. Menoch. de adipiscend. rem. 4. nnm. 643. & cons. 1149. num. 17. lib. 12. Peregrin. art. 36. num. 28. Fusar. de fideicom. quæst. 543. num. 18. Grat. decis. 181. num. 19. Amato dict. resol. 39. num. 168. ibi: *Non minus etiam deducitur legitimæ incertitudo, ex quo cuique constat eam super singulis rebus arbitrio iudicis deberi, nec filio licet in vna vel pluribus hæreditarijs rebus eam propria authoritate habere.*

45 ¶ Y mucho menos puede recurrir a la cosa legada, porque esta està segura mientras no huuiere otros algunos bienes en la herencia de que pueda cobrarla, Ripa in l. in quartam, nu. 101. ff. ad l. falcid. Rota diuers. decis. 113. num. 4. part. 2. Merlin. de legitim. lib. 2. tit. 2. quæst. 4. num. 8. ibi: *Quia ex legatis non potest detrahi legitima, cum ex alijs bonis potest deduci.*

46 ¶ Quarto supuesto sea de esta question, que todas las vezes que el hijo huuiere recebido algunos bienes de la herencia del padre, se le imputan, y cuentan en primero lugar en el pago y satisfacion de la legitima que ha de auer, l. Marcellus, §. 1es quæ, ff. ad Trebell. Surd. consil. 128. nu. 21. vol. 1. Rota apud Merlin. post tract. de legitim. decis. 1. num. 3. 4. 5. 9. & 10. & decis. 99. num. 4. & decis. 100. num. 3.

47 ¶ Y es hecho cierto, que don Diego despues que su madre murió, en virtud de la possession q̃ se le mandò dar, la ha tomado de seys casas con esta, sobre que se litiga, y tambien se ha entrado en todos los bienes muebles, derechos y acciones q̃ por muerte de la madre quedaron. Y aunque pretende que en alguna destas casas tenia parte vna hermana de su madre, y que otra, ò otras dos se compraron constante el matrimonio entre sus padres, y que el padre labrò vna dellas, nada desto ha prouado, siendo obligacion suya el hazerlo, vt dicetur infra num. Por lo qual se han de tener todas seys casas, y demas bienes, por de la herencia de la madre. Y porque don Diego no es menor, ni tan desperdiciado, ni poco atento a conseruar su hazienda, que si por la herencia de su padre fuessen estas casas suyas en todo, ò en parte, auia de auer aguardado a tomar la possession dellas quando su madre muere.

48 ¶ Premissos estos supuestos, entra aora la resolucion de la question del num. 32. en la qual es cierto, y se deue confessar assi, que don Diego de ninguna manera puede impedir, ni anular la possession de las casas que el Colegio ha tomado, ni quitarsela, ni el ser amparado en ella.

49 ¶ Lo primero, porque no tiene don Die-

go

go la legitima liquida, nec ratione quotæ, nec ratione loci, como queda fundado supra, num. 43. Porque ni se han hecho cuentas, ni consta de la cantidad que ha de auer, ni tiene bienes señalados para el pago: y assi ni puede executar, ni tomar possession, ni hazer contradicion a ningun legatario, ni si deicomissario, como queda prouado supr. num. & ni concurrir con el, como resoluiò la Rota apud Merlin decis. 111. num. 4. ibi: *Neque obstat, quod saltem negari non possit immissio pro duabus partibus ex tribus*; como sucediò en diferentes decisiones que alli cita: *Quia in prælictis decisionibus ideò non fuit retardata immissio fideicommissario agenti, quia hæres in alio se non opponebat, quàm respectu legitimæ, quæ erat certa ratione quantitatis, nec poterat alienari per eas alienum, propter quod corpora hereditaria solent diminui; in præsenti autem multa opponuntur, quæ possant diminuere portiones petitas, & causare incertitudinem corporum bonorum, quæ restituenda sunt; ideò prius de illis exceptionibus cognoscendum est, & ita fuit resolutum.*

50 ¶ Lo 2.es, porq̃ dõ Diego es quiẽ como heredero deuiera auer prouado, y liquidado la parte de legitima q̃ en estos bienes tenia, y q̃ no cabia en los demas de la herencia, y que era necessario parte de la casa para acabar de satisfazerla, como resuelue Nata cons. 149. num. 8. & 9. Peregrin. de fideicom. art. 4. num. 34. Gratian. cap. 334. num. 9. tom. 2. ibi: *Adeò vt ista probatio, quod non adsint alia bona, incumbat filio tanquam fundamentum suæ intentionis.* Ripa in l. in quartam, num. 101. ff. ad l. falcid. Rota decis. 113. num. 4. p. 2. diuers. y se prueua in l. cum de lege 17. ff. de probat. que impone la obligacion a el heredero, no al legatario, ibi: *Heredis probatio est locum habere legem falcidiam.* Dom. Couarr. var. lib. 2. cap. 6. n. 4. Pereg. art. 3. n. 14.

51 ¶ Especialmente quando el hijo viene contra vn legatario, queriẽdo quitarle los bienes, por dezir que no ay harto en los demas para su legitima, vt post Natam & Peregrin. resoluit Merlin. de legitima, lib. 2. tit. 2. quæst. 4. num. 8. & 9. ibi: *Sextus est casus, quando agitur aduersus legatarios pro detrahenda legitima, & filius, vel hæres inquit sibi deberi legitimam ex legatis, & bona*

libera non sufficere huiusmodi in casu hæredi hoc onus probandi incumberet; ratio est, quia ex legatis non potest detrahi legitima, cum ex aliis bonis possit deduci, ideò legatariorum intentio satis fundata redditur in hac regula iurisque onus probandi transfert in ipsum heredem, que es el caso deste pleyto.

52 ¶ Y lo mismo procede si en la cosa legada, ò fideicomissò ây clausula puesta por el fundador de no enagenar, que tambien en este caso el hijo heredero que viene a querer quitarla en todo, ò en parte para sus detracciones, y legitima, ha de prouar que no ay bastante en los demas bienes para ella, y assi lo resuelue, citando muchas autoridades, Merlinus, dict. lib. 2. titul. 2. question. 4. num. 6. que tambien se ajusta al pleyto, pues mandò la testadora que esta casa no se pudiesse enagenar, si no que permaneciesse siempre para la obra pia que fundaua. Y no auiendo prouado nada don Diego, ni ante el inferior, aunque se recibiò el pleyto a prueua, ni en la Chancilleria donde se ofreciò aprouar; antes auiendose recebido el pleyto a prueua de su pedimiento, se apartò della: figuese que no tiene, ni puede quitar al Colegio su posesión que tiene de la casa.

53 ¶ Lo 3 porque no bastarà dezir por mayor que la legitima es cierta, por ser quatro partes de cinco de los bienes, porque esta no es, ni se tiene por liquidacion bastante, ni en su virtud se puede pedir cosa alguna por las doctrinas referidas, num.

54 ¶ Y porque quando fuera cierto (que no es, ni tal se puede ajustar) que por razon de su viuienda auia de tener parte en la casa, solo se le podia mãdar dar la possesion por indiuiso della, y de los bienes en quanto a tenerlos por el derecho vniuersal, pero no para gozar de los frutos y rentas, porque para esto era necessario que huuiesse liquidacion, y certeza por menor de la legitima, ratione loci, & quotę, id est de la cantidad y cuerpos en que se auia de pagar, y que tocasse parte a la casa, y esta es la distincion con que la Rota ha determinado este punto siempre que se ha ofrecido, apud Merlinum decis. 7. nu 14. 15. & 16. ibi: *Non facit, quod isto casu, licet detractur immissio, non tamen debean-*

debeantur fructus, vt in decis. 58. num. 4. lib. 2. quia illæ decisiones loquuntur quando adest certitudo solum respectu vniuersitatis, non autem respectu rei particularis, vnde quando adest certitudo etiam respectu rei particularis datur immissio, non dum respectu genericæ communionis, sed etiam quoad perceptionem fructuum, quia quoad quotam fructuum adest certitudo, vt in decisione supra allegata, & propterea ad effectum de quo agitur, vt videatur scilicet an adsit certitudo respectu rei particularis, donec reseruauerunt videre, quæ bona subiecta sunt fideicommisso, & pro quanta parte debeatur immissio, quia nisi videatur pro quanta parte non posset dari, nisi pro illa vniuersali communione absque perceptione fructuum stante incertitudine ratione quotæ. Y lo mismo se resoluio en la decision 97 num. 4. y en la adicion à la decision 6. donde requiere que ha de auer omnimoda certeza en la legitima ratione loci, & quotæ, para poderse le dar la posseſsion pro indiuiſo, y que si de parte del legatario, ò fideicomissario huuiere la misma certeza en la cosa de que se le dexare el fideicomisso, ò legado, se les ha de dar a ambos la posseſsion pro indiuiſo con percepcion de frutos, ibi: *Rota tenet pro constanti fideicommissarium esse legitimum contradictorem, duobus concurrentibus. Primo, quod fideicommissum sit liquidum, & de eo doceatur in continenti. Secundo, quod legitima, & Trebellianica sit certa ratione loci, & quotæ, dest, quod valor hereditatis adeo clarus sit, vt ex calculo possit, quantum legitima, & Trebellianica importent: & his concurrentibus datur fideicommissario immissio pro indiuiſo cum herede, etiam cum perceptione fructuum ex æquitate, & euitandis inanibus litium circuitibus.* Y refiere muchas decisiones, donde assi se determinò.

55 ¶ Y esta misma doctrina sigue y cõprueua el mismo Merlino de legitima, lib. 5. tit. 4. q. 10. n. 14. 15. & 16. Farinac. decis. 115. num. 12. part. 1. recētior. Argel de legitim. contradict. quæst. 10. artic. 9. num. 140. ibi: *Tertio, quia vbi plures eiusdem hereditatis certas portiones prætendunt, omnes pro indiuiſo ratione suæ portionis possidere debent, ad l. locues, vbi glos. & DD. ff. de acq. poſs.* Y la misma doctrina siguiò Postio de manut. obseru. 73. num. 21. haziendo diferencia entre la certeza de la vniuersalidad de bienes para la posseſsion pro indiuiſo

uiso fin frutos, á quando ay liquidacion de las quotas para que se dè con el gozo dellos.

56 ¶ Y de aqui nace, que aun en caso que conste que la legitima ha de tener lugar, y sacarse de los bienes que se piden, no se han de quitar todos a el legatario, ò fideicomissario, si no solo aquella parte q̃ verosimilmente puede corresponder a el cumplimiẽto de la legitima, y dexarle lo demas: y que esta equidad han de guardar los Tribunales superiores, Corn. cons. 232. in fin. volum. 4. Zucardo in l. fin. num. 428. C de edict. Diui Adr. toll. Honded. cons. 28. in fin. lib. 2. Cancer. var. lib. 3. cap. 17. num. 507. ibi: *Sic licet secundum multos fideicommissarius, qui propria authoritate cepit possessionem rerum fideicommissi, etiam vacantem casu quo hæres gravatus, seu eius hæres erat detractaturus legitimã, & quartam, aut aliâ iura, ratione illius partis teneatur restituere totum propter vitium occupatæ possessionis. Tamen secundum aequiorem sententiam in supremis Tribunalibus receptam, vbi constat de fideicommisso, fideicommissarius tantum debet condemnari, vt pro mensura Trebellianicæ, seu aliorum iurium, quæ verosimiliter apparet in dictis bonis habere hæredem gravatum, restituat possessionem rerum hæreditatis hæredi gravato, seu eius hæredi, & in possessione reliquarum rerum manuteneatur.*

57 ¶ Pues si aqui entrò el Colegio en la possession destas casas, no por su autoridad, si no por la del Iuez, no con vicio, si no legitimamente, por los siete fundamentos de la question primera, y estuuo mas de año y dia sin turbarle, y tiene vn legado en especie claro y liquido, y de causa piadosa; y por el contrario don Diego entrò nulamente, porque no le citò para la possession estando el Colegio en ella, ni presentò el testamento de su madre, ni pidiò en su virtud, si no antes lo impugnò, y quiso reduzir la sucesion abintestato sin poder hazerlo; y demas desto no tiene liquidada la legitima en cosa alguna, y le obsta lo demas que se ha ponderado; como se puede pretender, que con tantas nulidades y defectos ha de llegar, y quitar a el Colegio la casa: y no en parte, si no toda? No parece que puede ser esto, ni esperarse por medio alguno.

No

58 ¶ El quinto fundamento es los muchos bienes que ha recebido, que son cinco casas, y todos los muebles, y siruiendo estos para el pago de la legitima en primero lugar, como se dixo numer. es preciso que prouasse primero don Diego, que todos ellos no llegauan a cumplir la legitima, y de otra manera no podia ser admitido a pedir parte alguna de las casas, como resuelue Cesar Argelo de legit. contradict. quest. 13. art. 5. num. 64. Seraphin. decis. 321. nu. 18. Merlin. de legit. lib. 2. tit. 2. quest. 4. num. 12. ibi: *Octauus est casus, quando filius alienauit aliqua bona, & eius hæres prætendit post mortem non fuisse eam alienationem æqualē legitimæ, & prætendit de bonis detrahere supplementum, vel hac causa denegat restituere fideicommissum: isto quoque casu resoluendum fideicommissa in hoc probandi onus non spectare, sed filijs, vel eius hæredi tanquam fundare intentionis.* Lo propio resuelue el mismo Merlin. lib. 5. titul. 4. q. 10. num. 11. ibi: *Onus autem probandi istas alienationes non ascendere ad legitimam spectauit hæredibus filij.* Y que assi lo resoluio la Rota, y no ha prouado nada de esto Don Diego.

59 ¶ El 6. fundamento es, que don Diego auiendo tenido noticia de la muerte de la madre, luego que ella murio, como declaro en las possessiones, ni pidio la possession, ni hizo inventario en mas de vn año, deuiendolo començar dentro de 30. dias, y acauarlo dentro de 90. y con citacion de los acreedores y legatarios, Cancer. post alios, tom. 3. c. 2. n. 65. por lo qual incurrio en la pena, que es pagar los legados, aun que no quepan en la herencia, Auth. de hered. & falcid. §. si vero absint, Grat. cons. 25. lib. 2. Peregr. de iur. fisci lib. 2. tit. 10. n. 14. Menoch. cons. 272. à n. 52. lib. 3. & cons. 471. lib. 5.

60 ¶ Lo qual procede, aunque sea el heredero hijo, que por no hazer inuentario pierda le legitima, porque la l. fin. §. fin vero, C. de iur. deliber. habla tambien en hijos, y por este, y otros fundamentos tienen esta opinion, Manxilio de imput. in legitim. q. 131. à n. 3. Gabr. comm. opinion. tit. de legitim. conc. 7. in fin. Caqueran. decis. 148. n. 4. & 12. Menoc. cons.

89.n.149.y si no pierden la legitima, a lo menos deuen cumplir della si algo faltare para los legados, como afirman Peregr.de fideicom.art.36.n.141. Surd. decis.326.n.16.Maresc.lib.1.var.c.23.n.10.Mangil. de imp. in leg. q.91.n.20.& 21.y con esta opinion se conforma Cancer.refiriendo al señor Couarr. Zeuallos,y otros,tom.3.c.2.nu.106. Y no consta,ni ha prouado que tuuiesse algun impedimento para no hazerlo,porque aunque se alega que huuo contagio, ni esta prouado,ni este le puede escusar,pues como passado vn año supo embiar vn poder para que en su nombre se tomasse la posession desta hazienda,como se pidiò, y tomò,y para q̃ se hiziesse inventario:le pudiera auer embiado quando la madre muriò, y citar al Colegio para el,pues le queria quitar por este medio la casa.

61 ¶ El 7.fundamento es por los lugares q̃ viene a auer en terminos,en fauor desta parte, que son Mieres de maiorat.1.p.q.52.à n.58.vsq̃ 86. que aunque en el n.75.& 79. refiere los fundamentos contrarios:en el n.82.& 86. propone la opinion con q̃ queda, de que se ha de executar el testamento por los legados contra el hijo,aunque oponga esta excepciõ de q̃ no cabe en el 5.y habla en legado de cantidad,y no preuilegiado,como es este,por ser de especie,y causa piadosa,y auer estado en la possessiõ mas de año y dia.

62 ¶ Steph.Grat.discept.tom.4.c.694.à n. 11.ad 20. habla tambien en legitima, y incide en la misma sentencia.

63 ¶ El mismo Grat.in c.542.à n.32 ad 40. tom.3.habla generalmente contra qualquiera heredero,y trae razones muy eficazes.

64 ¶ Surd.decis.333. aunque el fue de diferente sentir, confiessa que su Senado por mayor parte determinò este punto en fauor de el fideicomissario particular,y contra el hijo, heredero, como se puede ver en el fin della,vers.Mayor tamen.

65 ¶ La l.1.ff.si cui plusquam per l. falcid.in princ. concurriendo el legatario a pedir el legado, y el heredero a dezir q̃ no cabe,y q̃ ha de sacar del la falcidia,manda que se execute el legado con vna fiança,

ibi:

ibi: *Subenit Prætor hæredi, vt ei legatarius satisdet, vt si appa ruerit ei amplius legatorum nomine cepisse, quam ex lege falcidia capere licebit quanti ea res erit tantam pecuniam det.* Y aunq̃ se dixo a la vista que esta ley estaua corregida por l. 1. C. quorum legat. no es cierto; porque el caso della es muy diferente, porque alli constò, y se prouò que no cabia, ibi: *Si exhausta legatis successio probetur*, y que se deua dar al legatario el legado en este caso con esta fiança, lo afirman Corneo cõs. 232. col. penult. in fin. vol. 4. Gabriel consilio 45. numer. 27. volumine 2. Y la l. cum hæreditas, ff. ad Trebellianum, dispone que el heredero ha de ser apremiado a restituyr la herencia al fideicomissario dandole estas fianças de que será releuado de las deudas de la hazienda. Y generalmente dizen los DD. que quando ay duda de si està liquido, ò ha de alcançar, ò no a lo que se pide, con vna fiança se sana esto, y se deue executar, como son Angelo in l. 4. §. ait Prætor, ff. de re iud. vbi Immol. in fin. Alex n. 2. Immol. in l. Prætor, §. siquis paratus, ff. de oper. noui enunciat Barbac. cons. 36. n. 28. vol. 2. Iason in l. 1. n. 2. ff. qui satisdare cogant.

66 ¶ Y esto es lo que he visto practicar en la Chancilleria en los pleytos enq̃ ha incidido esta duda y ha muy pocos dias que en la Sala del señor don Antonio de Estrada presidiendo el señor D. Pedro Messia de la Portilla se viò vn pleyto en que yo fuy Abogado de vnos menores de Luziana de Borja, vezina de esta ciudad, de que fue relator el L. Valdès en que incidiò esta duda: y el señor D. Pedro como tan docto, y aduertido juntamente con los demas señores de la Sala, mandaron executar vna sentencia de remate con esta fiança, no obstante que los hijos hazian esta oposicion. Y supuesto que el Colegio la ofrece aqui, assi de estar a derecho en los Tribunales seculares; como de pagar y satisfazer en qualquier tiempo a D. Diego todo el interes que tuuiere, o pudiere tener por su legitima en esta casa: no parece que pueda auer inconueniente en darsela en esta forma.

67 ¶ Vltimamente se deue cõsiderar el grauissimo exemplar, que será este, y dura, y terrible consequencia, que este pleyto dara, pues ni aurà hijo que pague legado de padre, ni voluntad de padre que no quede defraudada, ni testamento que se vea cumpli-

do

do: si solo con dezir el hijo, que no cabe en el quinto, no se han de pagar los legados hasta que se aya acabado la cuenta y particion, que es vn pleyto que si se quiere dilatar, no ay vida para acabarle, y que en el interin se estè el hijo con todos los bienes. Que es cosa durissima, y que cada instante sucederà?

68 ¶ Y para en quanto a el mismo pleyto se deue considerar, que la renta desta casa es para conuertir en Missas, y otras obras pias por la testadora, y la necessidad que puede tener el alma de estos sufragios, y que el poco afecto y piedad que se muestra a ellos, y demasiada solicitud en querer los quitar: pues a vn cauallero tan rico, como dizen que es don Diego, le obliga a salir de su casa el corto interes desta, sobre que se litiga, y que quando el pusiera algo de su legitima para que se cumpliera vna obra piadosa de la madre, fuera muy bien parecido: y si por esta, y las demas razones alegadas se diesse al Colegio con la fiança, don Diego no recibe daño considerable, pues si se sintiere agrauiado del legado, puede hazer particion con mas facilidad, pues tiene los papeles, y la razõ de todo, y viene a ser quien la ha de dar, y tomar.

69 ¶ Y por el contrario, si a don Diego se le diesse la casa, y al Colegio la carga de pedirle la cuenta: sin duda ninguna serà lo mismo que priuarle del legado para siempre, porque por el valor de vna casa que no ha de ser en propriedad del Colegio, sino solo en administracion para las obras pias, y Missas, que la fundadora mandò, de ninguna manera podrà seguirlo, ni lo harà sin razon, sin papeles, ni noticia de nada contra don Diego, que se lo tiene todo; y que con los fueros que puede declinar, y dilatorias que puede hazer, no basta el valor de la casa para fenecer el pleyto de la particion con el. Que todo es justo se mire, y repare, y assi lo propone esta parte, esperando, que tantas cosas juntas, como en su fauor se han ponderado, no parece se pueden vencer, y que se ha de reuocar la sentencia de vista, y cõfirmar el auto de su possessiõ. Salva en todo la censura de tan grande Senado.

L. D. Iuan Muriel.